

# Le groupe de réflexion *European Criminal Policy Initiative*<sup>1</sup>

Jocelyne Leblois-Happe  
Professeur à l'Université de Strasbourg

Je souhaiterais vous présenter un groupe de réflexion européen, dont je fais partie depuis 2008, le groupe *European Criminal Policy Initiative*.

Ce groupe s'est constitué au printemps 2008 autour de deux collègues spécialistes de droit pénal communautaire, Helmut Satzger, de l'Université de Munich (qui est à ma connaissance le premier titulaire en Allemagne d'une chaire de droit pénal européen) et Maria Kaiafa-Gbandi, de l'Université de Thessalonique. Il rassemble quatorze universitaires pénalistes, issus de onze pays européens : deux Allemands, deux Autrichiens, un Danois, un Finlandais, trois Grecs, un Italien, un Espagnol, un Roumain, un Suédois et une Française.

Ce déséquilibre (en nombre) s'explique par la manière dont le groupe s'est constitué : Helmut Satzger a contacté des universitaires qu'il connaissait déjà personnellement ou dont le nom a pu lui être communiqué par des collègues. Tous les membres du groupe ont en effet ceci de commun qu'ils sont germanophones – la langue de travail est l'allemand, même s'il arrive aussi que l'un ou l'autre s'exprime en anglais – et ont des liens particuliers avec l'Allemagne : tous les non Allemands ont, à un moment ou un autre de leur carrière, séjourné à l'Institut Max-Planck de Fribourg-en-Brisgau qui est spécialisé en droit pénal étranger et européen. C'est d'ailleurs en tant que comparatiste que j'ai été contactée pour faire partie du groupe, et non en tant que spécialiste de droit européen, ce que je ne suis assurément pas.

La création du groupe « ECPI » a été le fruit d'un triple constat.

Le premier constat a été celui – évident – de **l'expansion des normes répressives d'origine européenne**, due au développement de la coopération *lato sensu* en matière pénale et à la « captation »<sup>2</sup> des sources juridiques pénales par les autorités communautaires.

---

<sup>1</sup> Le style oral a été conservé.

<sup>2</sup> L'expression est de David Chilstein.

On a assisté depuis le Traité d'Amsterdam (1997) et surtout depuis 2001 (le 11 septembre) à un accroissement remarquable des prescriptions répressives d'origine européenne, en raison

- d'une part de la multiplication des décisions-cadre adoptées dans le cadre du « 3<sup>ème</sup> pilier », décisions-cadres de plus en plus précises puisqu'elles ne se contentent plus de définir l'élément matériel et l'élément psychologique du ou des comportement(s) indésirable(s) et d'indiquer qu'ils doivent être réprimés par des sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* » mais elles prévoient le niveau de ces sanctions pénales ainsi que certaines modalités de la répression (reconnaissance des repentis, échange d'informations entre Etats, application de l'extradition notamment) (ex. : déc.-cadre du 19 juil. 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains ; déc.-cadre du 22 juil. ; 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ; déc.-cadre du 24 oct. 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée).

La multiplication de ces décisions-cadres s'est traduite par une pression sur la législation pénale des Etats membres, celle-ci étant, dans les domaines considérés, très largement orientée par les décisions prises au plan européen.

- d'autre part de l'extension des compétences du « 1<sup>er</sup> pilier » à la suite du coup d'Etat jurisprudentiel qu'ont représenté les arrêts de la CJCE du 13 septembre 2005 (*Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03) et du 23 octobre 2007 (*Commission c/ Conseil*, aff. C-440/05).

La Cour a permis aux autorités communautaires d'imposer aux Etats membres l'incrimination de certains faits, « *lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives (...) constitue une mesure indispensable (...) pour garantir la pleine effectivité des normes* » édictées (arrêt de 2007).

Une étape supplémentaire a ainsi été franchie : l'obligation d'incriminer est devenue plus pesante puisque sa méconnaissance peut alors être sanctionnée par les mécanismes du droit communautaire. C'est la fameuse « communautarisation du droit pénal ».

Les Etats ont perdu, dans les domaines concernés (matières relevant des politiques communautaires et constituant un objectif essentiel de l'Union : environnement, transports, agriculture, pêche principalement), leur pouvoir

(exclusif, autonome) d'incriminer au profit des institutions communautaires (commission et Parlement) (v. ainsi les directives du Parlement européen et du Conseil n°2008/99 du 19 nov. 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, n°2009/52 du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures contre les employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, n°2009/123 du 21 oct. 2009 modifiant la directive n°2005/35 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infraction). Ce pouvoir ne peut même plus être exercé, d'un commun accord, par le biais de l'adoption d'une décision-cadre, puisque la CJCE a déclaré le Conseil incompétent dans ses deux arrêts.

Il n'est plus resté aux Etats que le choix de la peine, la Cour de Luxembourg estimant que « *la détermination du type et du niveau des sanctions pénales à appliquer (...) ne relève pas de la compétence de la Communauté* » (arrêt de 2007). Ce choix n'est pas, cependant, complètement libre. La nature de la peine doit être fixée de telle manière que les violations du droit communautaire soient sanctionnées de manière analogue aux violations du droit interne de nature et d'importance similaires (CJCE, 21 sept. 1989, *Commission c/ Grèce*, aff. 68/88 ; 10 juil. 1990, *Hansen*, aff. C-326/88 ; 8 juil. 1999, *Nunes et de Matos*, aff. C-186/98 ; 3 mai 2005, *Berlusconi*, aff. C-387/02) ; le niveau des peines doit être établi de sorte à ce qu'elles soient effectives, proportionnées et dissuasives<sup>3</sup>.

Le deuxième constat a été que cette expansion était appelée à **s'accroître encore avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne** (incertaine au moment où le groupe s'est constitué mais acquise depuis).

Le Traité de Lisbonne accomplit encore un pas de plus en supprimant les « piliers » créés par le Traité de Maastricht et en autorisant la création (directe) de certaines infractions (dans des domaines particuliers) au moyen de directives.

Il ressort de l'article 83 TFUE que les infractions qui peuvent ainsi être créées par voie de directive sont de deux sortes :

- les infractions qui correspondent à des « *domaines de criminalité particulièrement graves* » (à savoir actuellement : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la

---

<sup>3</sup> Sur l'évolution du droit pénal ainsi décrite, v. Rép. communautaire Dalloz, *V°*Droit pénal, par A. Huet, n°16 à 39, à paraître en 2010.

corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée, c'est-à-dire la criminalité organisée *lato sensu*, mais d'autres domaines pourront être identifiés par le Conseil, avec l'accord du Parlement), et qui revêtent une « *dimension transfrontière* », c'est-à-dire ce que des auteurs ont appelé les « eurocrimes »<sup>4</sup> ;

- les infractions qui sanctionnent des comportements portant atteinte à une « *politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation* », c'est-à-dire à une politique commune (environnement, transports, pêche, agriculture, immigration, concurrence...), à condition que le rapprochement des dispositions pénales des Etats « *s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace* » de cette politique.

Ces directives « répressives » sont adoptées dans le premier cas par le Parlement et le Conseil (JAI) statuant à la majorité qualifiée, dans le second cas, selon la procédure utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation du domaine considéré : soit procédure législative ordinaire (codécision : adoption par le Parlement et le Conseil sur proposition de la Commission), soit procédure législative spéciale (adoption par le Parlement avec la participation du Conseil ou vice-versa)<sup>5</sup>.

Deux propositions de directives ont d'ores et déjà été adoptées (le 29 mars 2010), la proposition de directive relative à l'exploitation et aux abus sexuels concernant des enfants et à la pédopornographie, abrogeant la déc.-cadre 2004/68/JAI et la proposition de directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène, ainsi que la protection des victimes, abrogeant la déc.-cadre 2002/629/JAI.

Il convient de souligner que les règles pénales ainsi établies sont, selon l'article 83 du Traité, les « *règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions* ». Ce sont des règles *relatives à la définition des infractions et à leur sanction pénale*. Par conséquent, il y a bien un transfert de la compétence pénale aux autorités de l'Union qui se voient reconnaître le pouvoir de légiférer (directement) en matière pénale. Les directives ainsi adoptées pourront non seulement définir matériellement et psychologiquement les comportements interdits mais elles pourront aussi (et c'est ça qui est nouveau) les assortir de peines dont elles détermineront la nature (ex. : peine

<sup>4</sup> L. Bellulo, B. Sturlèse, La Constitution européenne : une opportunité pour l'Europe de la Justice, JCP G 2004, I, 156

<sup>5</sup> Rép. Communautaire préc., n°40 à 47.

privative de liberté) et le *quantum* (ex. : 5 ans au moins). Ce sont aussi des *règles minimales*, ce qui signifie que les Etats membres pourront toujours se montrer plus sévères en étendant le champ de l'incrimination ou en alourdissant la sanction. D'où un risque de surenchère de la répression et de la constitution d'«Etats-refuges»<sup>6</sup>, ce qui rend indispensable l'élaboration d'une politique criminelle au plan européen.

La directive devra toutefois être transposée en droit interne avant l'expiration de la date qu'elle fixe<sup>7</sup>.

Le troisième constat a été celui de (**l'extrême**) discrétion des pénalistes sur ces questions appréhendées par le droit européen, pénalistes qui ne semblaient ni avoir accompagné cette évolution, ni en avoir vraiment pris la mesure, la matière « droit européen » restant largement dominée par des juristes « européenistes » n'ayant pas une connaissance approfondie du droit pénal et de ses ressorts.

Il nous a semblé essentiel que les pénalistes « reprennent la main » et prennent leur part aux débats (ou peut-être les initient) au sein de chaque Etat et au plan européen.

Il nous a paru important également de souligner les **risques qu'il y avait à traiter la sanction pénale comme une sanction comme les autres** – ce qu'elle n'est pas – et à **recourir au droit pénal tous azimuts**, comme si aucun autre mode de sanction des comportements indésirable n'apparaissait satisfaisant : un risque de surenchère répressive (comme au plan national), et un risque pour les libertés.

Nous avons commencé par mettre noir sur blanc les motifs de notre insatisfaction devant l'évolution à laquelle nous assistions.

Nous avons ensuite réfléchi à la manière dont nous pourrions intervenir dans le débat sur ce droit pénal européen en pleine expansion sans apparaître comme des juristes d'arrière-garde, arque boutés sur les souverainetés et les droits nationaux, et en étant entendus à la fois du pouvoir politique et de l'opinion. D'où l'idée, un peu pompeuse mais que notre composition

---

<sup>6</sup> Rép. Communautaire préc., n°51.

<sup>7</sup> Rép. Communautaire préc., n°48 à 57.

internationale autorisait, de rédiger un « Manifeste » dans lequel nous rappellerions les grands principes qui gouvernent le droit pénal des Etats de droit démocratiques, principes dont nous soulignerions qu'ils sont notre bien commun et qu'ils ne doivent pas être oubliés dans cette construction de l' »Europe répressive ».

Ce « Manifeste pour une politique criminelle européenne » a été achevé en octobre 2009. Il a été publié en décembre 2009 en dix langues (allemand, anglais, italien, espagnol, français, roumain, suédois, danois, finlandais et grec) dans la revue en ligne *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* ([www.zis-online.com](http://www.zis-online.com)). Il est actuellement publié sur papier dans les différents pays européens<sup>8</sup>.

Il se compose de deux parties

- une première partie rappelant les principes fondamentaux du droit pénal (le choix a été fait de ne s'intéresser, dans un premier temps, qu'au droit matériel)
- une seconde partie explicitant les principes et vérifiant leur respect **dans les actes juridiques d'ores et déjà adoptés par les autorités européennes.**

En substance, il est rappelé dans la 1<sup>ère</sup> partie que le droit pénal n'est pas un instrument comme les autres car le recours à la répression pénale implique un jugement de valeur et une stigmatisation sociale qui sont susceptibles de conduire à une atteinte grave aux droits de la personne. Le recours à cet instrument doit donc être nécessaire et proportionné (*1. L'exigence de la protection d'un intérêt légitime suffisant, 2. Le principe de nécessité (principe de l'ultima ratio)*), exigence encore renforcée par le caractère subsidiaire de l'intervention du législateur européen (*5. Le principe de subsidiarité*). La responsabilité pénale ne peut être qu'une responsabilité du fait personnel (*3. Le principe de culpabilité*). Le respect de la légalité criminelle (*4. Le principe de légalité*), avec ses deux corollaires, est le seul moyen d'assurer la prééminence du droit, donc la protection contre l'arbitraire. Il implique aussi l'observation d'une certaine cohérence (*6. Le principe de cohérence*) tant au plan vertical (respect de la cohérence des systèmes répressifs nationaux) qu'au plan horizontal (cohérence avec les actes européens adoptés antérieurement).

---

<sup>8</sup> En France, le Manifeste sera publié à la *Revue pénitentiaire et de droit pénal* et à l'*Actualité Juridique Pénal Dalloz*. V. le texte ci-dessous en annexe.

On observera en passant que plusieurs de ces principes ont été rappelés dans le « Programme de Stockholm » adopté par le Conseil le 2 décembre dernier<sup>9</sup> : la nécessité de vérifier le caractère indispensable du recours au droit pénal, ainsi que le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, l'impératif de rédiger les textes dans des termes clairs et compréhensibles, le souci de cohérence de la législation.

L'examen des décisions-cadres et des directives qui ont été adoptées jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne à travers cette « grille de principes » conduit, dans la seconde partie du Manifeste tantôt à se féliciter de leur respect tantôt à s'alarmer de leur méconnaissance.

Ce manifeste n'a pas été conçu comme un instrument figé mais au contraire comme quelque chose de vivant – la seconde partie peut toujours être actualisée, en fonction des actes juridiques adoptés par les autorités européennes -. Loin de nous l'idée de nous présenter comme des Sages qui auraient découvert la clé de ce que devrait être une politique criminelle européenne. Ce serait prétentieux et donc idiot.

Le manifeste est destiné à être avant tout une base de discussion. Il a été publié justement **pour que s'ouvre le débat sur la manière dont les autorités européennes doivent/peuvent manier l'outil répressif.**

Nous l'avons d'ailleurs envoyé, dès son achèvement en décembre, à nombre de collègues pour recueillir leurs réactions. En France, seul Le Professeur André Huet (qui est comme David un « DIPiste-pénaliste ») a réagi à mon envoi. Cela en dit long sur l'embarras des pénalistes « pur jus » devant ces questions.

Les prochaines réunions du groupe seront consacrées à l'audition de différents experts auxquels nous avons demandé de réagir aux propositions du Manifeste.

Un colloque sur la politique criminelle européenne est en outre prévu à Strasbourg, en collaboration avec le Parlement européen – je suis en train de prendre les contacts nécessaires – le 25 novembre prochain.

---

<sup>9</sup> [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/ec/111886.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/111886.pdf)

Enfin, nous sommes en pourparlers avec un grand éditeur allemand (Beck) – les choses sont bien avancées mais achoppent, comme souvent, sur l’aspect financier – en vue de la création d’une revue (papier) de droit pénal européen en anglais (*European Criminal Law Review* : EuCLR). Le groupe « ECPI » serait le comité éditorial et le rédacteur en chef de la revue. Si cette revue devait être créée, il va de soi que je reviendrai vers vous pour solliciter vos contributions.

La force du groupe « ECPI » réside dans son caractère européen et dans les échanges très riches que cela implique, même si l’on peut regretter qu’aucun Britannique n’en fasse partie. C’est **un aspect qu’il importe de garder à l’esprit si l’on souhaite s’engager dans une réflexion sur le droit européen ; celle-ci ne peut être menée dans le cadre d’un seul Etat car ce cadre-là est d’ores et déjà dépassé.**

## ANNEXE

*European Criminal Policy Initiative (\*) :*

Manifeste pour une politique criminelle européenne

### Préambule

*Les signataires, professeurs de droit pénal issus de onze pays européens, présentent au moyen de ce manifeste des propositions pour une politique criminelle en Europe à l’opinion publique européenne.*

*Ils le font dans la tradition européenne des Lumières,*

*- conscients que la pensée libérale a été le fondement et le moteur du progrès social en Europe comme de la construction européenne, et qu’elle doit par conséquent continuer à guider cette construction à l’avenir,*

*- et convaincus que le droit pénal ne peut se développer qu’avec une légitimité démocratique suffisante et dans le respect de l’Etat de droit, des principes protecteurs des libertés étant, en matière de politique criminelle, les seuls aptes à garantir une sécurité véritable et durable.*

*Les signataires estiment que le développement des règles européennes relatives au droit pénal et à la procédure pénale rend nécessaire un rappel de cette tradition. Des actes d’harmonisation orientent en effet aujourd’hui dans une large mesure la législation pénale des Etats membres, et cette tendance est encore appelée à s’accroître avec l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Les institutions européennes pratiquent de ce fait une politique criminelle qui n’est pas reconnue comme une politique européenne autonome et n’a par conséquent aucune cohérence d’ensemble.*

*Or les signataires ont la conviction qu’il ne peut y avoir de politique criminelle équilibrée que si le législateur de l’Union européenne respecte les principes fondamentaux de droit pénal ci-dessous rappelés lors de l’élaboration de tous les actes relevant de la matière pénale et justifie explicitement de leur observation, dans l’esprit d’une bonne gouvernance. Ces principes généraux de la tradition pénale européenne ne sont aucunement étrangers à l’ordre*

*juridique de l'Union européenne. Ils découlent au contraire des principes mêmes sur lesquels la construction européenne est fondée.*

### Les principes fondamentaux de la politique criminelle

#### 1. L'exigence de la protection d'un intérêt légitime suffisant

Dans les cas où le législateur européen se reconnaît une compétence en matière pénale, il ne peut exercer cette compétence qu'en vue de protéger des intérêts fondamentaux

(1) reconnus par le droit primaire de l'Union,

(2) qui ne sont pas en contradiction avec les traditions constitutionnelles des Etats membres ni avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

(3) et dont la méconnaissance cause un trouble particulièrement grave à la société.

Cette exigence découle, en droit européen, du principe de proportionnalité. Ce n'est que lorsqu'une disposition pénale tend à protéger un tel intérêt, particulièrement important, qu'elle peut poursuivre un objectif légitime et être conforme aux exigences de proportionnalité. Il appartient au législateur européen de justifier précisément (conformément à l'exigence d'une bonne gouvernance) les intérêts il entend ainsi protéger et les raisons pour lesquelles les faits incriminés portent à ces intérêts une atteinte non négligeable. La volonté de garantir la réalisation des politiques de l'Union ne peut en soi suffire à légitimer le recours au droit criminel.

#### 2. Le principe de nécessité (principe de l'*ultima ratio*)

L'Union européenne plaçant la personne humaine au coeur de son action, elle ne peut imposer aux Etats membres de sanctionner pénalement certains comportements que s'il n'y a pas d'autre moyen plus doux de protéger les intérêts fondamentaux mentionnés ci-dessus.

Ce n'est qu'à cette condition qu'un acte juridique imposant le recours à la répression pénale peut être considéré comme „nécessaire“ au sens du principe européen de proportionnalité. La répression pénale implique en effet un jugement de valeur et une stigmatisation sociale qui conduisent à une atteinte grave aux droits de la personne, tels qu'ils sont garantis notamment par la Charte de l'Union européenne. L'extension démesurée du champ pénal réduit en outre la force et l'effectivité des interdits pénaux.

Conformément au principe de bonne gouvernance, il appartient également à l'Union européenne d'établir la nécessité de recourir au droit pénal comme ultime moyen de contrôle social.

#### 3. Le principe de culpabilité

L'obligation faite par l'Union européenne aux Etats membres de prévoir la répression pénale de certains comportements présuppose qu'il s'agit uniquement de comportements susceptibles d'être personnellement reprochés à leur auteur (« principe de culpabilité », *nulla poena sine culpa*). Non seulement cette exigence résulte de la limitation du champ pénal aux atteintes particulièrement graves à l'ordre public (v. *supra*) mais surtout elle garantit le respect de la dignité humaine. Elle est aussi conforme à l'exigence d'une faute pour les sanctions administratives relevant de la CE et à la présomption d'innocence prévue par l'article 48 alinéa 1<sup>er</sup> de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Cela signifie que le législateur européen doit pareillement établir que les règles qu'il impose concernant la sanction permettent une répression adaptée à la faute commise (et en ce sens conforme à l'exigence de proportionnalité).

Ceci ne préjuge pas de la réponse à donner à la question de la responsabilité pénale des personnes morales car cette responsabilité se distingue nécessairement de la responsabilité

personnelle d'un individu. Des règles propres à l'imputation aux groupements des comportements incriminés doivent être élaborées, en harmonie avec le droit des Etats membres.

#### 4. Le principe de légalité

Le droit pénal d'un Etat de droit est nécessairement fondé sur le principe de légalité. La légalité criminelle constitue, avec ses corollaires, un principe général du droit européen au sens de l'article 6 II Traite UE ; il est également consacré par l'article 7 § 1 Conv. EDH. De ce principe résultent trois exigences fondamentales auxquelles le législateur de l'Union européenne devrait satisfaire.

##### a) 1er corollaire : La nécessité d'incriminations claires et précises

L'exigence de légalité au sens européen signifie que chacun doit être en mesure de prévoir quels comportements le rendent passible de sanctions pénales. Aussi les textes d'incrimination doivent-ils être rédigés de manière claire et précise. Pour cela, il est en particulier nécessaire que le texte soit aisément compréhensible ; la loi doit par principe « parler d'elle-même ». Les conditions objectives et subjectives de la responsabilité pénale, ainsi que les sanctions encourues doivent dans tous les cas être prévisibles.

Bien que l'exercice de ses compétences en matière pénale par l'Union européenne suppose la reconnaissance au profit des Etats membres d'un certain pouvoir d'appréciation – lequel se traduit par une relative imprécision dans la rédaction des actes juridiques européens –, la nécessité d'incriminations claires et précises vaut, en tant que principe général du droit communautaire et pilier élémentaire de tout Etat de droit, également pour les actes juridiques européens.

Plus la marge d'appréciation laissée aux Etats est étroite, plus l'acte européen doit être clair et précis dans sa formulation. Lorsque l'acte européen vise l'uniformisation (l'« harmonisation totale ») des législations, il doit satisfaire à l'exigence d'incriminations claires et précises de la même manière que les Etats.

Cette exigence de clarté et de précision s'impose tout autant dans le cas où la disposition qui impose le recours à des sanctions pénales renvoie à d'autres textes européens, afin que les Etats membres puissent eux-mêmes satisfaire aux exigences de la légalité criminelle en transposant l'acte européen dans leur droit.

##### b) 2ème corollaire : L'interdiction de la rétroactivité et la rétroactivité *in mitius*

La loi pénale n'est pas rétroactive, excepté lorsqu'elle est favorable. Ce corollaire du principe de légalité, qui résulte également de l'exigence de prévisibilité du droit, a pour conséquence que le législateur européen ne peut, en vue de l'harmonisation du droit, imposer aux Etats membres des obligations qui les contraindraient à appliquer des dispositions répressives de manière rétroactive.

L'interdiction de la rétroactivité ne connaît qu'une seule exception, en cas de dispositions *in favorem*. La loi pénale comportant des dispositions favorables à la personne poursuivie (parce qu'elle fait disparaître ou atténue la répression) s'applique aux faits antérieurs à son entrée en vigueur (principe de la rétroactivité *in mitius*). Le principe de la rétroactivité *in mitius* est reconnu dans tous les Etats membres. On observe cependant des divergences sur la place du principe dans la hiérarchie des normes, surtout quant à sa valeur constitutionnelle. La jurisprudence de la CJCE (v. l'affaire Berlusconi) et l'article 49 I 3 de la Charte des droits fondamentaux lui accordent, tout au moins au niveau européen, la plus grande importance. Le législateur européen est donc lié par ce principe. Il ne peut en conséquence, en vue d'harmoniser le droit, imposer aux Etats membres d'appliquer la loi en vigueur au jour des faits, si cette loi a ultérieurement été modifiée dans un sens favorable à la personne poursuivie avant son jugement définitif.

c) 3ème corollaire : **L'exigence d'une loi parlementaire** (*nulla poena sine lege parlamentaria*)

Le droit pénal étant „l'arme la plus puissante“ de l'Etat, son intervention doit être, dans une société démocratique, légitimée par le peuple aussi directement que possible. Certes, en l'absence de compétence de l'Union européenne pour élaborer un droit pénal supranational, ce sont les Etats membres (donc les parlements nationaux) qui sont seuls compétents pour définir les comportements interdits sous menace de peine. Le législateur européen restreint cependant leur pouvoir d'appréciation en leur imposant de réprimer pénalement certains faits. C'est pourquoi les actes tendant à l'harmonisation du droit doivent avoir une légitimité démocratique suffisante. Cette légitimité démocratique ne peut provenir des parlements nationaux lorsque ceux-ci sont liés par la règle adoptée au plan européen. D'où la nécessité d'exiger le renforcement de la légitimité de ces règles en accroissant le rôle du Parlement européen.

La procédure de codécision ne s'appliquant pour le moment que dans le domaine du droit communautaire, et non dans celui du droit de l'Union, le déficit démocratique n'est atténué que dans ce domaine. Aussi convient-il de saluer, sur ce point, l'extension de la procédure de codécision, prévue par le Traité de Lisbonne, au domaine de l'harmonisation du droit pénal.

Pour garantir la légitimité démocratique des actes adoptés en matière pénale et favoriser leur acceptation, il importe que les organes participant au processus de législation sur le plan européen fassent en sorte que les parlements nationaux soient informés en temps utile et de façon suffisamment détaillée des projets d'actes (également après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne). Les Etats membres auront ainsi la possibilité d'influer sur la rédaction définitive des actes européens (et sur le vote de leurs représentants au Parlement). Une coopération aussi équilibrée que possible des Etats membres avec les institutions de l'Union européenne et entre eux durant la phase de rédaction des actes européens garantira un minimum de contrôle démocratique sur ces actes. Elle permettra également, dans la perspective d'une bonne gouvernance, l'élaboration d'une législation selon un processus plus transparent, pouvant intégrer l'apport bénéfique des associations représentatives et de la société civile.

## 5. Le principe de subsidiarité

Les actes de l'Union européenne relevant de la matière pénale, qui sont adoptés sur la base d'une compétence partagée, sont soumis au principe de subsidiarité en vertu des principes généraux du droit de l'Union européenne. En conséquence, le législateur européen ne peut intervenir que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée

(1) ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres,

(2) et peuvent donc, en raison des dimensions et des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau européen.

L'intervention des législateurs nationaux, dans la mesure de leurs moyens, est donc prioritaire sur celle du législateur européen, ce qui rend possible l'élaboration d'un droit pénal plus proche des citoyens.

Le principe de subsidiarité revêt une importance particulière en matière criminelle car les valeurs sociales protégées pénalement par les Etats membres font partie de leur « identité nationale ». Or l'Union européenne se doit, en vertu de l'article 6, alinéa 3, du Traité de l'Union européenne, de respecter cette identité.

Le test de subsidiarité doit être fait systématiquement, pour chaque acte et pour chaque partie d'un acte. Les actes créateurs de droit doivent être motivés selon les règles inscrites dans le Protocole n°2 au Traité de Lisbonne, les parlements nationaux étant associés à ce processus.

Dans l'esprit d'une bonne gouvernance, toute proposition d'acte relevant de la matière pénale doit faire l'objet d'une évaluation détaillée (sous la forme d'un contrôle préalable de subsidiarité), évaluation prenant en considération l'ensemble des circonstances et des mesures alternatives envisageables. En aucun cas l'affirmation formelle - telle qu'on la rencontre encore souvent actuellement - que les conditions de la subsidiarité sont remplies ne peut suffire à justifier l'intervention du législateur européen.

## 6. Le principe de cohérence

La gravité des atteintes aux droits de la personne qu'autorise le droit pénal impose de veiller à la cohérence interne de chaque système répressif. Cette cohérence est indispensable pour que le droit pénal puisse exprimer les valeurs partagées par la société et être accepté par celle-ci.

Le législateur européen doit, dans ses actions de politique criminelle, respecter la cohérence des systèmes répressifs nationaux, qui font partie intégrante de l'identité des Etats membres protégée par l'article 6, alinéa 3, du Traité sur l'Union européenne (cohérence verticale). Cela signifie en particulier que les seuils minimaux prévus par l'Union européenne pour la peine (maximale) encourue à raison d'un comportement donné ne doivent pas conduire à une élévation générale des peines encourues au sein d'un Etat membre, élévation qui serait au système juridique de cet Etat. Il appartient également au législateur européen de prendre en compte le cadre répressif retenu dans les autres actes qu'il a adoptés (cohérence horizontale, v. l'article 11, alinéa 3, du Traité de Lisbonne).

Avant l'adoption de tout acte, le législateur européen doit, dans l'esprit d'une bonne gouvernance, rechercher les effets qu'est susceptible d'avoir cet acte sur la cohérence des ordres répressifs nationaux et de l'ordre juridique européen, et justifier ainsi de sa compatibilité.

### L'explicitation des principes fondamentaux de la politique criminelle

Les principes fondamentaux de politique criminelle ci-dessus énoncés étant destinés à servir de lignes directrices pour la production du droit à venir, les actes juridiques d'ores et déjà adoptés ou proposés par les autorités européennes peuvent être examinés à leur aune. Cet examen fait apparaître la dimension pratique de nos exigences et l'urgence qu'il y a à les prendre en compte.

Seront d'abord présentés les actes qui répondent, en tout ou en partie, aux exigences d'une bonne politique criminelle et peuvent, de ce fait, servir d'exemples pour l'avenir. Les points sur lesquels des modifications ou des précisions nous paraissent nécessaires seront ensuite signalés.

#### 1. Une série d'actes juridiques satisfont indiscutablement à l'exigence de la protection d'un intérêt légitime suffisant :

- Ainsi la décision-cadre relative à la lutte contre la traite des êtres humains<sup>10</sup> a-t-elle pour objectif la protection d'un intérêt légitime particulièrement important. Le fait de profiter de la situation de faiblesse d'une personne en recourant à la tromperie, la contrainte ou la violence pour l'exploiter sexuellement ou la réduire en esclavage n'est pas acceptable dans un espace de liberté, de sécurité et de justice. Ces comportements causent une atteinte considérable à ce qui forme le noyau dur des droits de l'individu

<sup>10</sup> Déc.-cadre 2002/629/JAI du 19 juil. 2002, JO 2002, L 203/ 1.

(intégrité physique et psychique, liberté sexuelle, puissance de travail), droits qui sont garantis notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

- De la même manière, la convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes<sup>11</sup> (« convention PIF ») et ses protocoles protègent assurément un intérêt légitime suffisant, à savoir le maintien de l'indépendance et des capacités financières de la communauté européenne (et à l'avenir, de l'Union du même nom).

En revanche, l'identification des intérêts légitimes protégés soulève des difficultés dans d'autres actes juridiques :

- On ne peut nier que la **décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie**<sup>12</sup> repose sur une préoccupation – la protection des mineurs – dont la légitimité est incontestable. La décision-cadre va cependant bien au-delà de cette protection : l'article 1er b ii) et iii) qualifie de pédopornographie la représentation visuelle d'une personne « *qui paraît être un enfant* » (« *participant à un comportement sexuel explicite ou s'y livrant* ») ou les « *images réalistes d'un enfant qui n'existe pas* » (et ayant le même comportement) (pédopornographie virtuelle). De telles représentations ne causent aucune atteinte directe à un mineur puisque la personne représentée n'en est pas un ou n'existe pas. Il n'est en outre pas établi qu'elles font naître un danger direct pour les mineurs. Il appartient en conséquence au législateur européen de justifier la nécessité de criminaliser ces comportements, en s'appuyant notamment sur des études empiriques. Ce n'est qu'à cette condition que le champ assigné à la répression peut être justifié par la nécessité de protéger un intérêt légitime suffisant.
- La décision-cadre relative à la lutte contre la criminalité organisée<sup>13</sup> impose aux Etats membres de réprimer pénalement la participation aux activités illégales d'une organisation criminelle (art. 2 a,) ou – selon le modèle anglo-saxon de la *conspiracy* - la conclusion « *d'un accord visant à exercer une activité qui (...) reviendrait à commettre (certaines) infractions* » (art. 2 b). Les intérêts auxquels de tels comportements sont susceptibles de porter atteinte, donc l'intérêt légitime qu'il convient de protéger, demeurent toutefois assez vagues. Les infractions projetées doivent certes être légalement sanctionnées par au moins quatre années de privation de liberté. Mais la décision-cadre ne précise pas de quels types d'infractions il s'agit. La seule indication qui est donnée est que les membres de l'organisation criminelle doivent être animés de la volonté de tirer de leur action – directement ou indirectement – un avantage matériel. Cette indication se rapporte cependant aux mobiles de l'agent et non à l'intérêt auquel celui-ci porte atteinte. De la sorte, l'objectif poursuivi par la norme n'apparaît pas suffisamment clairement (hormis la volonté générale de lutter contre la criminalité organisée). Les Etats membres ne sont pas en mesure de savoir avec précision ce qu'ils doivent réprimer. Ce manque de précision va à l'encontre du principe de la bonne gouvernance.

<sup>11</sup> Convention du 27 nov. 1995, JO 1995/C 316/03 ; protocole du 23 oct. 1996, JO 1996/C 313/01; protocole du 19 juil. 1997, JO 1997/C 221/02.

<sup>12</sup> Déc.-cadre 2004/68/JAI du 22 déc. 2003, JO 2004, L 13/44.

<sup>13</sup> Déc.-cadre 2008/841/JAI du 24 oct. 2008, JO 2008, L 300/42.

2. Le **principe de nécessité (principe de l'*ultima ratio*)** qui dérive du principe (européen) de proportionnalité est également respecté dans un certain nombre d'actes :

- La rédaction de la directive prévoyant des normes minimales concernant les **sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier**<sup>14</sup> mérite, de ce point de vue, d'être saluée. L'article 9 du texte justifie en effet la nécessité d'ériger en infractions certaines formes d'emploi illégal. La violation de l'interdiction posée à l'article 3 1. d'employer des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ne suffit pas à elle seule. Les Etats membres n'ont l'obligation de réprimer l'emploi illégal qu'en présence de l'une des circonstances (aggravantes) suivantes : l'infraction est « *continue ou répétée de manière persistante* » ; il y a « *emploi simultané d'un nombre significatif de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* » ; l'infraction « *s'accompagne de conditions de travail particulièrement abusives* » ; l'employeur sait que l'employé est victime de la traite des êtres humains ; la personne employée est un mineur. Pour sanctionner l'emploi illégal « simple », des mesures non pénales paraissent suffisantes. On trouve là une illustration particulièrement remarquable (et voulue ?) du respect de l'exigence de proportionnalité en matière pénale, et par conséquent du respect du principe de nécessité ou principe de l'*ultima ratio*.
- La **décision-cadre relative aux attaques visant les systèmes d'information**<sup>15</sup> impose aux Etats membres de réprimer pénalement l'accès illicite à des systèmes d'information (*hacking*, art. 2), l'atteinte à l'intégrité d'un système (art. 3), ainsi que plusieurs formes d'atteintes à l'intégrité des données (art. 4). La décision-cadre écarte toutefois systématiquement du champ de la répression les faits « *sans gravité* ». En matière de *hacking*, les Etats membres ont en outre la possibilité (exclue pour les autres comportements) de ne pas réprimer la tentative. S'il n'est pas certain que cela suffise à cantonner la répression à ce qui est nécessaire, il convient néanmoins de se féliciter de la faculté ainsi donnée aux Etats de concilier les exigences des autorités européennes en matière pénale avec celles de leur propre droit. Le principe de cohérence (v. *infra* 6.) se trouve ainsi également respecté.
- La **décision-cadre concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue**<sup>16</sup> contient, dans son article 2 2., une disposition qui exclut la criminalisation des comportements visés « *lorsque leurs auteurs s'y livrent exclusivement à des fins de consommation personnelle* ». Une marge d'appréciation est ainsi laissée aux Etats membres, marge qui paraît opportune compte tenu des divergences dans les politiques nationales de lutte contre la drogue et du rôle joué par le droit pénal en la matière.

Des illustrations tirées d'autres actes juridiques montrent en revanche que le principe de l'*ultima ratio* n'a pas encore acquis une valeur générale. Il est en tout cas fréquent que la nécessité de recourir au droit pénal ne soit pas établie, contrairement à ce qu'impose le principe de bonne gouvernance.

<sup>14</sup> Directive 2009/52/CE du 18 juin 2009, JO 2009, L 168/24.

<sup>15</sup> Déc.-cadre 2005/222/JAI du 24 fév. 2005, JO 2005, L 69/67.

<sup>16</sup> Déc.-cadre 2004/757/JAI du 25 oct. 2004, JO 2004, L 335/8.

- La décision-cadre modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme<sup>17</sup> oblige les Etats membres à réprimer la « *provocation publique à commettre une infraction terroriste* », le « *recrutement* » et l'« *entraînement* » pour le terrorisme, ainsi que la complicité de ces infractions et la tentative de les commettre. L'objectif est ici d'éviter que les terroristes utilisent Internet comme un « camp d'entraînement virtuel ». Ces incriminations recouvrent toutefois des comportements qui se trouvent très en amont de la réalisation d'actes de terrorisme. L'Union européenne contraint ainsi les Etats membres à adopter des dispositions pénales destinées exclusivement à prévenir certains risques. Des personnes pourront être poursuivies pour en avoir incité d'autres à concevoir un projet criminel ou pour avoir soutenu une telle conception. Cet élargissement en amont du champ de la répression, à un moment où il n'y a encore aucune mise en danger (ni concrète ni abstraite) d'une personne ou d'un bien, n'est pas compatible avec le principe européen de proportionnalité, en tant que principe directeur de la politique criminelle<sup>18</sup>. Il est impossible de soutenir que la répression d'un comportement qui ne présente aucun danger présent pour un intérêt protégé est nécessaire. Il convient dans ce cas de rechercher, conformément au principe d'une bonne gouvernance, si d'autres mesures – comme le renforcement de la surveillance sur Internet ou l'engagement de la responsabilité de l'hébergeur du site – ne peuvent pas être utilement mises en œuvre.
- La même préoccupation se fait jour à la lecture de la décision-cadre concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces<sup>19</sup>. Selon le texte, cette lutte doit couvrir « *tout l'éventail des activités sur lesquelles pèse la menace de la criminalité organisée dans ce domaine* » (exposé des motifs (8)). Ainsi les Etats doivent-ils aller jusqu'à réprimer la fabrication ou l'obtention d'instruments ou de moyens « *spécialement* » (donc objectivement) adaptés à la commission des infractions visées (art. 4). La criminalisation de ce type de comportement requiert, dans l'esprit d'une bonne gouvernance, une motivation plus précise que la référence générale à la lutte contre la criminalité organisée.
- De même l'obligation de prévoir des sanctions pénales imposée aux Etats membres par la décision-cadre relative à la lutte contre la criminalité organisée<sup>20</sup> ne se limite pas aux associations criminelles ayant un minimum d'organisation. L'article 1<sup>er</sup> 2) de la décision-cadre vise toute « *association qui ne s'est pas constituée au hasard (...) et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée* ». La criminalisation va donc au-delà des dangers engendrés par la criminalité organisée, ce qui paraît difficile à justifier eu égard à l'exigence de proportionnalité de la répression.
- La **directive relative à la protection de l'environnement** par le droit pénal<sup>21</sup> pose des problèmes analogues. Elle impose aux Etats membres de réprimer pénalement des comportements méconnaissant les prescriptions inscrites dans d'autres actes juridiques communautaires. Les Etats membres se trouvent ainsi contraints de sanctionner pénalement des manquements qui, pour certains d'entre eux, sont purement formels.

<sup>17</sup> Déc.-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008, JO 2008, L 330/21.

<sup>18</sup> Une tendance analogue s'observe dans d'autres décisions-cadre. V. Ainsi par ex. L'article 2 c) de la décision-cadre 2001/413/JAI du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, JO 2001, L 149/1.

<sup>19</sup> Déc.-cadre 2001/413/JAI du 28 mai 2001, JO 2001, L149/1.

<sup>20</sup> Déc.-cadre 2008/841/JAI du 24 oct. 2008, L 2008, L 300/42.

<sup>21</sup> Directive 2008/99/CE du 19 nov. 2008, JO 2008, L 328/28.

Ainsi y a-t-il transfert illégal de déchets au sens de l'article 3 c) lorsque le transfert a lieu sans avoir été notifié aux autorités compétentes (v. art. 2 § 35 du règlement (CE) n°1013/2006) ou lorsqu'il est effectué d'une manière ou selon des modalités qui ne sont pas indiquées dans le document adéquat (art. 2 § 35 d) et g) iii du même texte). Eriger de tels manquements formels en infractions est incompatible avec le principe européen de proportionnalité, particulièrement avec le principe de nécessité (*ultima ratio*). Ils ne menacent en outre aucun intérêt qui mérite d'être protégé au moyen du droit pénal.

- La décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé<sup>22</sup> ne justifie pas suffisamment de l'incapacité des sanctions non pénales à lutter efficacement contre ce type de corruption. Il serait pourtant concevable de recourir à des sanctions civiles ou à des mesures relevant de l'organisation du travail (travail en binôme, roulement du personnel). L'exigence d'une motivation de la nécessité de recourir au droit pénal comme ultime moyen de contrôle social n'est donc pas ici satisfaite.

3. Le principe de culpabilité est lui aussi respecté par plusieurs actes juridiques concernant le droit pénal :

- La prévision de sanctions pénales pour les personnes morales est, dans plusieurs Etats membres, incompatible avec le principe de la responsabilité personnelle qui fonde le droit pénal. C'est pourquoi il convient de se féliciter de ce que toutes les décisions-cadre imposant aux Etats membres de prévoir des sanctions pour les personnes morales laissent expressément à ceux-ci le choix de la nature de la sanction. L'article 6 de la décision-cadre<sup>23</sup> relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé en offre une illustration. Cette attitude prudente mérite d'être conservée à l'avenir.
- Il convient également de saluer le fait que quelques actes juridiques, comme la décision-cadre<sup>24</sup> concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (art. 4 alinéa 1<sup>er</sup>) ou la convention PIF<sup>25</sup>, en ce qui concerne la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des communautés européennes (art. 1<sup>er</sup> 1.), réservent la répression aux comportements intentionnels. La convention PIF montre cependant combien cette réserve peut être fragile et formelle : l'article 1<sup>er</sup> 4. énonce en effet que « *le caractère intentionnel d'un acte ou d'une omission (...) peut résulter de circonstances factuelles objectives* » ! Le fait de déduire automatiquement de certains faits l'intention de l'agent n'est pas conforme aux exigences du principe de culpabilité.

Pour d'autres actes, notamment ceux qui n'opèrent aucune différenciation de la sanction selon la gravité de la faute, la question du respect du principe de culpabilité se pose :

<sup>22</sup> Déc.-cadre 2003/568/JAI du 22 juil. 2003, JO 2003, L 192/54.

<sup>23</sup> préc..

<sup>24</sup> préc..

<sup>25</sup> préc..

- La décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme<sup>26</sup> impose entre autres aux Etats membres de sanctionner pénalement la direction d'un groupe terroriste (art. 2 2. a)) ainsi que la participation aux activités d'un groupe terroriste, « *y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, ou par toute forme de financement de ses activités* » (art. 2 2. b)). Dans le premier cas, la peine légalement encourue doit être une privation de liberté de quinze ans au moins, dans le second cas une privation de liberté de huit ans au moins (art. 5 3.). Ceci peut poser problème, eu égard au principe de culpabilité et à l'exigence de proportionnalité de la sanction qui en découle, car les organisations terroristes n'ont pas forcément pour objet la *réalisation* d'infractions très graves (comme les atteintes à la vie ou à l'intégrité corporelle, les prises d'otages ou la fabrication d'armes de destruction massive). Leur objet peut se limiter à la *menace* de commettre des actes de terrorisme (art. 1<sup>er</sup> 1. i)). Concernant la participation aux activités d'un groupe terroriste, la peine légalement applicable doit être de huit ans au moins, indépendamment de la question de savoir si l'organisation a pour objet la réalisation d'actes de terrorisme ou seulement la menace d'en commettre. La différence de dangerosité entre les deux comportements ne se reflète pas dans la peine encourue. La gravité de la faute n'est donc pas suffisamment prise en cause dans la prévision de la sanction. Le respect du principe de culpabilité prête encore davantage à discussion en ce qui concerne la direction d'un groupe terroriste. Certes il découle de l'article 5 3. de la décision-cadre que lorsque le groupe a exclusivement pour objet la menace de commettre des actes de terrorisme, la peine légalement encourue doit être, du fait de la moindre dangerosité, de huit ans au moins seulement (au lieu de quinze). Le résultat est que le meneur d'un groupe terroriste est puni de la même peine que le simple sympathisant, le législateur européen ayant omis de prévoir une diminution de peine également pour les autres participants. Le fait, pour l'Union, de prévoir le même seuil minimal pour la peine légalement encourue à raison de comportements dont la nocivité sociale n'est pas identique constitue une méconnaissance du principe de culpabilité, en ce qu'il exige la prévision de sanctions proportionnées à la gravité de la faute commise.
- La nouvelle proposition de décision-cadre concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène, ainsi que la protection des victimes<sup>27</sup> prévoit, dans son article 3 1., un seuil minimal de six ans de privation de liberté pour la peine maximale encourue à raison des « *infractions visées aux articles 1<sup>er</sup> et 2* ». L'article 1<sup>er</sup> oblige les Etats membres à sanctionner pénalement certains comportements, tandis que l'article 2 leur impose de prévoir l'instigation, la participation, la complicité et la tentative. La peine encourue est donc la même pour l'auteur de l'infraction consommée, celui d'une tentative, et le complice. La question de la compatibilité de la règle ainsi posée avec le principe de culpabilité, qui implique que chaque participant soit puni pour son propre fait, se pose notamment en ce qui concerne le complice. La complicité est punie, à juste titre, dans de nombreux droits nationaux, d'une peine qui peut (sinon doit) être inférieure à celle qui réprime l'action.

4. Plusieurs actes juridiques concernant le droit pénal répondent à l'exigence (découlant du principe de légalité) de la rédaction d'incriminations claires et précises :

<sup>26</sup> Déc.-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002, JO 2002, L 164/3 (modifiée par la déc.-cadre 2008/919/JAI préc.).

<sup>27</sup> COM (2009) 136 final, p. 14.

- Il est heureux de constater que l'Union s'efforce parfois de définir le plus clairement possible les faits qu'elle impose aux Etats membres de réprimer.  
On en trouve une illustration dans l'article 3 1. c) de la décision-cadre visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation **de l'euro**<sup>28</sup> qui prévoit l'incrimination de l'importation, l'exportation, le transport, la réception et l'obtention de fausse monnaie. La notion même de monnaie est explicitée à l'article 1<sup>er</sup> 2<sup>ème</sup> tiret.  
De la même manière, l'article 2 1. a) de la décision-cadre<sup>29</sup> concernant **l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue** impose la répression de « *la production, la fabrication, l'extraction, la préparation, l'offre, la mise en vente, la livraison à quelque condition que ce soit, le courtage, l'expédition, l'expédition en transit, le transport, l'importation ou l'exportation de drogues* ». Le législateur européen a ainsi le mérite d'essayer de définir le plus précisément possible le comportement punissable. Une telle liste comporte aussi un inconvénient : les différentes modalités du trafic se recouvrent en partie et ne peuvent toutes être clairement distinguées des autres (ainsi par ex. la distinction entre l'expédition et le transport). Indépendamment de la clarté et de la précision des incriminations se pose la question de savoir s'il est raisonnable en termes de politique criminelle d'assigner à la répression un champ aussi vaste.
- On ne saurait passer sous silence le soin apporté par les organes européens à la rédaction des textes visant à intégrer à l'ordre européen le résultat de travaux d'harmonisation menés par d'autres organisations internationales. L'article 1<sup>er</sup> 1. c) de la décision-cadre<sup>30</sup> relative à la lutte contre la traite des êtres humains en témoigne. Le texte se réfère – comme le protocole additionnel des Nations Unies sur la question – à l'« *abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité* ». Cet abus doit cependant se concrétiser par le fait que « *la personne n'a en fait pas d'autre choix véritable et acceptable que de s'(y) soumettre* ». La question de savoir si la clarté et la précision souhaitées sont atteintes peut être discutée. Les efforts du législateur européen méritent néanmoins d'être soulignés.

Les actes juridiques qui, du point de vue de la clarté et de la précision des incriminations, prêtent le flan à la critique sont cependant nombreux. En voici quelques exemples :

- La **décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie** précitée vise également, dans son article 1er b) ii) la représentation d'une « *personne réelle qui paraît être un enfant* ». L'expression nécessite une interprétation (que signifie paraître être un enfant ?), de sorte qu'il n'est pas possible de savoir à l'avance quels comportements tomberont sous le coup de la loi. Une telle formulation est donc à proscrire.
- L'article 1<sup>er</sup> 2. de la décision-cadre sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal<sup>31</sup> reconnaît aux Etats membres la possibilité de choisir « *de ne punir que le comportement qui est (...) exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public* ». La signification de

<sup>28</sup> Déc.-cadre 2000/383/JAI du 29 mai 2000, JO 2000, L 140/1.

<sup>29</sup> préc..

<sup>30</sup> préc..

<sup>31</sup> Déc.-cadre 2008/913/JAI du 28 nov. 2008, JO 2008, L 328/55.

cette expression est nébuleuse. S'il apparaît souhaitable que le législateur européen laisse aux Etats membres une marge d'appréciation, il ne peut le faire en recourant à des notions aussi indéterminées.

- L'article 2 1. de la décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé<sup>32</sup> impose aux Etats membres d'ériger en infraction à la fois la corruption active et la corruption passive. Le cœur de l'incrimination réside toutefois dans la violation, par l'employé d'une entreprise, de ses obligations en contrepartie d'un avantage. La notion de « *violation d'une obligation* » est définie très largement par l'article 1<sup>er</sup> 2<sup>ème</sup> tiret puisqu'elle recouvre « *tout comportement déloyal constituant la violation d'une obligation légale ou, selon le cas, la violation de règles ou de directives professionnelles* ». Elle s'interprète en outre par référence au droit national. Cela signifie concrètement que celui qui promet, offre ou donne un avantage à une personne résidant sur le territoire d'un autre Etat doit connaître l'ensemble des obligations (légales et contractuelles) s'imposant à elle en vertu du droit de cet Etat pour pouvoir déterminer s'il se rend ou non passible de sanctions pénales. Le manque de clarté et de précision de la définition de l'infraction par la décision-cadre est patent. Les Etats membres ne peuvent y remédier avec leur propre droit. L'article 2 3. de la décision-cadre permet certes aux Etats membres de limiter le champ de l'incrimination aux actes « *qui impliquent, ou pourraient impliquer, une distorsion de concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux* ». Mais cette restriction ne permet pas de corriger l'indétermination de la notion de violation d'une obligation.
- La directive<sup>33</sup> **relative à la protection de l'environnement par le droit pénal** définit les comportements qui doivent être réprimés par les Etats membres en procédant à une série de renvois. Elle pose un problème analogue à celui qui a été évoqué il y a un instant. Le législateur national sera en effet obligé de reprendre ces renvois à son compte. Les comportements interdits seront alors difficiles, voire impossibles à appréhender, en raison des divergences de formulation et d'interprétation auxquelles ces renvois donneront lieu. La seule solution serait de réécrire intégralement les incriminations en explicitant le contenu des textes auxquels il est renvoyé. Une telle réécriture n'est toutefois pas permise, s'agissant de droit communautaire d'application directe. Elle serait de toute façon quasiment irréalisable, sans compter le risque, pour l'Etat, d'omettre certains faits et de manquer ainsi à ses obligations communautaires.

5. De nombreuses préoccupations et critiques se font jour, concernant le respect du principe de subsidiarité qui limite les compétences de la communauté / de l'Union européenne en matière pénale. On relève cependant dans les actes juridiques adoptés jusqu'à présent certains signes de respect de cette règle de subsidiarité.

- Une raison particulière justifiant une intervention pénale à l'échelon européen est la nécessité, pour la communauté / l'Union, de défendre ses propres intérêts financiers ou d'autres intérêts supranationaux (comme par ex. la protection de l'euro contre le faux monnayage).
- Le principe de subsidiarité est également respecté lorsque la législation européenne porte sur des formes de criminalité qui sont généralement transnationales et que les Etats agissant seuls ont du mal à contenir. Entrent notamment dans cette catégorie le

---

<sup>32</sup> préc..

<sup>33</sup> préc..

terrorisme international et les **infractions en matière d'environnement** car les structures de l'organisation criminelle, dans le premier cas, les effets de l'infraction, dans le second, dépassent les frontières d'un Etat. Qu'une intervention européenne sur ces questions soit en principe conforme au principe de subsidiarité n'implique pas pour autant que celle-ci doive concerner toutes les formes que peuvent revêtir ces infractions, ni tous les méfaits qui sont susceptibles d'être commis en rapport avec elles.

- Un signe en faveur du respect du principe de subsidiarité peut être le fait que les Etats membres se sont déjà efforcés d'harmoniser leurs dispositions dans un autre cadre international. Ainsi la décision-cadre<sup>34</sup> relative à la lutte contre la traite des êtres humains est-elle intervenue après que l'ONU<sup>35</sup> et le Conseil de l'Europe<sup>36</sup> se sont employés à servir le même but. Ce constat ne dispense cependant aucunement de vérifier que chacune des incriminations visées satisfait aux exigences de la subsidiarité.

L'observation du principe de subsidiarité n'est malheureusement pas la règle, comme le montrent les exemples ci-dessous :

- Ainsi la décision-cadre<sup>37</sup> sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal exige-t-elle des Etats membres qu'ils répriment pénalement l'incitation publique à la haine raciale (art. 1<sup>er</sup> 1. a) et b)) comme le négationnisme (art. 1<sup>er</sup> 1. c) et d)). Il résulte pourtant de l'article 29 1. et 2. du Traité UE que l'Union européenne ne s'est vu transférer aucune compétence sur ce point. S'agissant d'infractions qui connaissent des formes différentes selon les Etats<sup>38</sup>, la justification d'une intervention au niveau européen devrait être particulièrement étayée. L'une des raisons invoquées est, avec la nécessité d'améliorer la coopération internationale (exposé des motifs (4)), la menace que représentent ces comportements pour les groupes de personnes visées (exposé des motifs (5)). La facilitation de la coopération en matière pénale ne peut cependant être une fin en soi. Si tel était le cas, le principe de subsidiarité serait vidé de sa substance car toute atténuation des différences existant entre les droits des Etats facilite la coopération entre ces derniers. Il n'est d'ailleurs pas établi que l'entraide répressive dans ce domaine connaisse de grandes difficultés en raison de l'absence de réglementation unifiée. En définitive, il est permis de penser qu'une telle décision-cadre n'a pas d'autre objet que d'exprimer la réprobation des européens à l'égard de ce type de comportement. Il est ici fait appel à l'effet « magique » du droit pénal qui se trouve ainsi, sinon instrumentalisé, du moins utilisé dans des conditions peu compatibles avec l'exigence de subsidiarité.

---

<sup>34</sup> préc..

<sup>35</sup> Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, Résolution 55/25 de l'assemblée générale des Nations Unies du 15 nov. 2000, entrée en vigueur le 29 sept. 2003 (<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-f.pdf>).

<sup>36</sup> V. : Recommandation n°R(91)11 du 9 septembre 1991 du comité des Ministres aux Etats membres sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes; Recommandation n° R(2000)11 du 19 mai 2000 du comité des Ministres aux Etats membres sur la lutte contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle; Recommandation n° R(2001)16 du 31 octobre 2001 du comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle.

<sup>37</sup> préc..

<sup>38</sup> Le législateur européen ne le nie d'ailleurs pas (v. l'exposé des motifs (6)).

- Se pose également la question de la compatibilité avec le principe de subsidiarité de l'article 4 de la décision-cadre précitée (sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal) et de l'article 5 2. de la décision-cadre<sup>39</sup> relative à la lutte contre le terrorisme. Sous une forme similaire, les deux textes imposent aux Etats membres de punir plus sévèrement certains faits : ceux qui reposent sur « *une motivation raciste et xénophobe* » dans le premier cas, les actes terroristes et les infractions qui s'y « *rapporment* » dans le second. Une telle aggravation peut certes être défendue et correspond à la pratique de la plupart des Etats. Il est néanmoins malaisé de justifier, au regard du principe de subsidiarité, pourquoi ces derniers ne peuvent trancher cette question au plan national et pourquoi une intervention au niveau européen est indispensable.
- Force est de constater que, dans la plupart des actes juridiques adoptés jusqu'à présent, la compatibilité avec le principe de subsidiarité et partant, la nécessité d'une intervention au plan européen, est affirmée sans être justifiée. Ainsi l'exposé des motifs (7) de la décision-cadre<sup>40</sup> relative à la lutte contre la criminalité organisée énonce-t-il qu' « *étant donné que les objectifs de la présente décision-cadre ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison de la dimension de l'action, être mieux réalisés au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité* ». Ni les objectifs poursuivis, ni l'impossibilité, pour les Etats, de les réaliser seuls de manière satisfaisante ne sont explicités.

6. Il convient, pour terminer, d'explicitier, à travers l'examen de plusieurs actes juridiques, notre exigence concernant le respect du principe de cohérence. Les Etats membres se voient d'ores et déjà reconnaître par certains actes une marge d'appréciation qui garantit le respect de la cohérence verticale.

- On en veut pour preuve le fait que les autorités européennes se soient abstenues jusqu'à présent d'exiger l'application de sanctions pénales aux personnes morales (v. par ex. L'article 7 de la décision-cadre<sup>41</sup> relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ; v. ég. *supra* à propos du principe de culpabilité), ce qui garantit la cohérence des systèmes répressifs nationaux.
- De la même manière, cette cohérence est préservée lorsque les décisions-cadres se contentent de qualifier les sanctions pénales qui doivent réprimer le comportement considéré (sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* », incluant dans les cas les plus graves des peines privatives de liberté - v. par ex. l'article 6 de la décision-cadre<sup>42</sup> concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces), sans imposer aux Etats membres un seuil minimal pour la peine légalement encourue.
- Il arrive même exceptionnellement que le législateur européen se garde de s'immiscer de façon trop importante dans les systèmes de sanction des Etats membres. Ainsi avait-il été envisagé, lors des travaux préparatoires de la décision-cadre visant à

---

<sup>39</sup> préc..

<sup>40</sup> préc..

<sup>41</sup> préc..

<sup>42</sup> préc..

**renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers**<sup>43</sup>, d'imposer la prévision d'une peine privative de liberté (maximale) de douze ans au moins pour les types d'infractions prévus à l'article 1<sup>er</sup> 3.. Une telle prescription aurait été incompatible avec le système répressif suédois qui prévoit pour ces comportements une peine maximale de quatre ans et ne connaît aucune peine privative de liberté (à temps) excédant dix ans. Les consultations menées ont conduit à abaisser le seuil prévu à huit ans. A l'article 1<sup>er</sup> 4. a même été ajoutée une clause qui permet aux Etats membres de prévoir une peine privative de liberté maximale de durée moindre lorsque « *la préservation de la cohérence (de leur) régime des peines* » le requiert. Il y a là un bon exemple de la manière dont peut-être pris en compte l'ordonnancement répressif de chaque Etat.

Les institutions européennes sont cependant le plus souvent loin de respecter le principe de cohérence (verticale et horizontale) comme un principe directeur de la politique criminelle :

- Lorsqu'une clause comme celle qui a été évoquée il y a un instant est absente, il est parfois délicat pour les Etats d'appliquer la décision-cadre sans bouleverser leur ordonnancement pénal. La décision-cadre<sup>44</sup> relative à la lutte contre le terrorisme prévoit ainsi, dans son article 5 3., une peine privative de liberté d'une durée minimale de quinze ans pour certains méfaits. La mise en œuvre de cette prescription a soulevé des difficultés en Finlande car le droit de cet Etat ne prévoyait pas de privation de liberté (à temps) de plus de douze ans. L'application de la décision-cadre a donc eu pour effet d'aggraver la répression d'une manière peu cohérente pour le droit concerné.
- Comme cela a déjà été souligné, certains actes juridiques de l'Union européenne prévoient des seuils minimaux identiques pour la peine (maximale) encourue à raison de comportements dont la nocivité sociale n'est pas du tout la même. Ainsi la décision-cadre<sup>45</sup> relative à la lutte contre la traite des êtres humains prévoit-elle, dans son article 3 2. a), un seuil minimal de huit ans de privation de liberté lorsque les agissements visés ont « *délibérément ou par négligence grave mis la vie de la victime en danger* ». Le même seuil minimal est énoncé dans la décision-cadre<sup>46</sup> visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux **monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro**, dans son article 6 2., pour la « *fabrication ou (l)'altération de monnaie* ». Ces exemples montrent que l'Union européenne ne prend pas suffisamment en compte, au moment de l'adoption d'une nouvelle décision-cadre, le cadre répressif qu'elle a retenu dans ses autres actes (cohérence horizontale). Les Etats membres peuvent certes toujours prévoir une peine plus sévère pour les actes les plus graves. Mais l'intervention européenne les contraint alors à élever le niveau général de leurs sanctions, ce qui n'est guère compatible avec l'exigence de cohérence verticale.
- La décision-cadre<sup>47</sup> relative à la lutte contre le terrorisme peut de nouveau être mentionnée, à titre d'illustration pour un manquement à l'exigence de cohérence

---

<sup>43</sup> Déc.-cadre 2002/946/JAI du 28 nov. 2002, JO 2002, L 328/1.

<sup>44</sup> préc..

<sup>45</sup> préc..

<sup>46</sup> préc..

<sup>47</sup> préc..

horizontale. Concernant la participation aux activités d'un groupe terroriste, le texte ne distingue pas selon que le groupe en question a pour objet la réalisation d'actes de terrorisme ou seulement la menace d'en commettre. Il prévoit de surcroît le même seuil minimal pour la peine légalement encourue par les meneurs et les simples sympathisants d'un tel groupe.

7. Comme le montrent les exemples cités, l'intervention du législateur européen ne s'est que partiellement traduite par des résultats inacceptables ou en tout cas discutables. Si la limite de l'intolérable est loin d'être franchie, des tendances préoccupantes se font jour néanmoins : tendance à recourir au droit pénal pour protéger des intérêts non clairement définis ; tendance à négliger le principe de l'*ultima ratio* ; tendance à imposer l'incrimination de comportements définis de façon vague au niveau national ; tendance à voir dans une répression accrue le meilleur moyen de répondre aux problèmes sociaux.

Ces tendances préoccupantes s'observent également au niveau national ; l'évolution sur le plan européen les accentue cependant notablement. Ignorer cette évolution et ne pas tenter de la contrer reviendrait, selon nous, à accepter d'être un jour confronté à un droit pénal méconnaissant les principes fondamentaux et les traditions libérales, en un mot à un droit pénal inacceptable.

*(\*) Membres du groupe ECPI :*

- Petter Asp, Professeur, Stockholm University, S
- Nikolaos Bitzilekis, Professeur, Aristotle University of Thessaloniki, GR
- Sergiu Bogdan, Docteur en droit, Lecteur, Universitatea Babeş-Bolyai, RO
- Thomas Elholm, Professeur assistant, LL.M, University of Southern Denmark, DK
- Luigi Foffani, Professeur, Università di Modena e Reggio Emilia, I
- Dan Frände, Professeur, University of Helsinki, FIN
- Helmut Fuchs, Professeur, Universität Wien, A
- Maria Kaiafa-Gbandi, Professeur, Aristotle University of Thessaloniki, GR
- Jocelyne Leblois-Happe, Professeur, Université de Strasbourg, F
- Adán Nieto Martín, Professeur, Universidad de Castilla-La Mancha, E
- Cornelius Prittwitz, Professeur, M.P.A., Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, D
- Helmut Satzger, Professeur, Ludwig-Maximilians-Universität München, D
- Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Professeur, Aristotle University of Thessaloniki, GR
- Ingeborg Zerbes, Professeur assistant, Universität Wien